

臺灣高等法院臺中分院刑事判決

114年度上訴字第161號

上訴人  
即被告 蔡宗言

選任辯護人 黃柏霖律師

上列上訴人即被告因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣彰化地方法院112年度訴字第517號中華民國113年12月24日第一審判決（起訴案號：臺灣彰化地方檢察署111年度偵字第11426號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、本院審理範圍

按上訴得對於判決之一部為之；上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。刑事訴訟法第348條第1項、第3項定有明文。本案上訴人即被告蔡宗言（下稱被告）於本院已明示僅對原判決之「刑」部分上訴（見本院卷第94、142頁），並具狀就其餘部分撤回上訴，有部分撤回上訴聲請書在卷可查（見本院卷第103頁），且其辯護人於本院審理時亦為相同之表示（見本院卷第94、142頁），是本院審理範圍僅限於原判決關於被告共同犯販賣第二級毒品未遂罪之「刑」部分，其餘部分不在上訴範圍。

二、被告上訴（含辯護）意旨略以：

（一）不應依累犯規定加重其刑

法院於審酌被告是否適用累犯規定而加重其刑時，訴訟程序上應先由檢察官就前階段被告構成累犯之事實，以及後階段應加重其刑之事項，主張並具體指出證明方法後，法院才需

01 進行調查與辯論程序，而作為是否加重其刑之裁判基礎。前  
02 階段構成累犯事實為檢察官之實質舉證責任，後階段加重量  
03 刑事項為檢察官之說明責任，均應由檢察官分別負主張及具  
04 體指出證明方法之責（最高法院110年度台上字第5660號判  
05 決意旨可資參照）。本件檢察官起訴書雖請法院審酌被告前  
06 案之有期徒刑執行完畢後不久即再犯本案，足見前案之徒刑  
07 執行無成效，忽視法律禁令，對刑罰反應力薄弱，又本案並  
08 無司法院釋字第775號解釋意旨所指個案應量處最低法定  
09 刑，故請依刑法第47條第1項規定加重其刑等語。然被告前  
10 案（幫助詐欺）與本案所犯罪名、罪質不同，無從等量齊  
11 觀，況被告前案為易科罰金執行完畢，並無入監服刑受監禁  
12 教化之處遇，自難據以佐證前案易刑執行成效為何，檢察官  
13 復未具體說明何以依憑其前案紀錄，即可逕認定對刑罰的反  
14 應力薄弱（例如具體指出被告所犯前後數罪間，關於前案之  
15 性質、前案徒刑之執行完畢情形、成效為何、再犯之原因、  
16 兩罪間之差異、罪質、犯罪時間間隔、頻率、犯罪手段、犯  
17 罪型態、相互關聯性、主觀犯意所顯現之惡性及其反社會性  
18 等各項情狀，俾法院綜合判斷其有無因加重本刑致生所受刑  
19 罰超過其所應負擔罪責之情形，裁量是否加重其刑，以符合  
20 正當法律程序及罪刑相當原則之要求），而有應加重其刑予  
21 以延長矯正其惡性此一特別預防必要之程度，難認檢察官就  
22 後階段加重量刑事項，已盡實質之舉證責任。

23 (二)請依刑法第59條規定審酌再予以減刑

24 本案被告計1次販賣甲基安非他命犯行，販賣數量非鉅，且  
25 僅從中獲得新臺幣（下同）3百元，與大量出售毒品以賺取  
26 巨額利潤者，尚屬有別。況本案犯行為未遂犯，偵審中均自  
27 白犯罪，以其犯罪情節論，惡性尚非重大不赦，若以毒品危  
28 害防制條例第4條第2項所規定之法定本刑科處刑罰，實屬情  
29 輕法重，何況原審判決尚論以被告為累犯加重其刑，在客觀  
30 上足以引起一般之同情，即有堪予憫恕之處，依其情狀處以  
31 相當之有期徒刑，已足以懲儆，並可達防衛社會之目的，故

01 本案應依刑法第59條之規定減輕其刑。

02 (三)綜上所述，被告5年以內故意再犯本件有期徒刑以上之罪，  
03 固合於刑法第47條第1項累犯之形式構成要件，惟原審於檢  
04 察官未有具體指出證明方法時（審判中僅陳述沒有量刑資料  
05 提出、科刑範圍請依法論科），即逕論以被告應依累犯規定  
06 加重其刑，原判決就此與最高法院大法庭110年度台上大字  
07 第5660號刑事裁定意旨及大法官會議第775號解釋意旨均有  
08 所違背，影響被告權益甚鉅。為此，請鈞院准予撤銷原判決  
09 上開違誤部分，另為適法之判決。

### 10 三、本院之判斷

#### 11 (一)刑之審酌事由

##### 12 1. 應依刑法第47條第1項累犯規定加重其刑

13 (1)法院於審酌被告是否適用累犯規定而加重其刑時，確如被  
14 告上訴意旨所指應先由檢察官就前階段被告構成累犯之事  
15 實，以及後階段應加重其刑之事項，分別負實質舉證責任  
16 及說明責任，而均應由檢察官分別負主張及具體指出證明  
17 方法之責。

18 (2)司法院釋字第775號解釋揭示，刑法第47條第1項所規定關  
19 於累犯加重本刑部分，其不分情節，基於累犯者有其特別  
20 惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本  
21 刑，於不符合刑法第59條所定要件之情形下，致生行為人  
22 所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此  
23 遭受過苛之侵害部分，不符罪刑相當原則。是以，法院就  
24 個案應依司法院釋字第775號解釋意旨，衡量所欲維護法  
25 益之重要性、防止侵害之可能性及事後矯正行為人之必要  
26 性，斟酌各項情狀，包括被告所犯前後數罪間，關於前案  
27 之性質（故意或過失）、前案徒刑之執行完畢情形（有無  
28 入監執行完畢、是否易科罰金或易服社會勞動）、再犯之  
29 原因、兩罪間之差異（是否同一罪質、重罪或輕罪）、主  
30 觀犯意所顯現之惡性及其反社會性等情，綜合判斷個別被  
31 告有無因加重本刑致生所受刑罰超過其所應負擔罪責之情

01 形，裁量是否加重最低本刑（最高法院112年度台上字第3  
02 45號判決意旨足資參照）。即累犯之立法意旨，在於行為  
03 人前已因犯罪而經徒刑執行完畢或一部之執行赦免後，理  
04 應產生警惕作用，若其對於刑罰之反應力薄弱，乃由法院  
05 裁量是否加重最低本刑，以符罪刑相當之原則。

06 (3)本案依檢察官起訴書之記載，可知被告前於民國107年間  
07 因詐欺案件，經臺灣新北地方法院以107年度簡字第7998  
08 號判處有期徒刑3月確定，於108年8月27日易科罰金執行  
09 完畢，有被告之刑案資料查註紀錄表在卷可參（見臺灣彰  
10 化地方檢察署111年度偵字第11426號卷【下稱偵卷】第27  
11 1-272頁），並經被告及辯護人於本院審理中對前述證據  
12 所載內容的真實性不予爭執（見本院卷第145-146頁）。  
13 從而，被告受有期徒刑執行完畢，於5年內故意再犯起訴  
14 書所載有期徒刑以上之詐欺罪，已符合刑法第47條第1項  
15 構成累犯之要件。

16 (4)關於被告是否需依累犯規定加重其最低本刑，本案檢察官  
17 就被告構成累犯之前案事實，於起訴書主張被告構成累  
18 犯，及應加重其刑之理由：請審酌被告前罪之有期徒刑執  
19 行完畢後不久即再犯本案，足見前罪之徒刑執行無成效，  
20 忽視法律禁令，對刑罰反應力薄弱，又本案並無司法院釋  
21 字第775號解釋意旨所指個案應量處最低法定刑，故請依  
22 刑法第47條第1項規定加重其刑等語，並提出上開刑案資  
23 料查註紀錄表為證，足認檢察官已具體就被告構成累犯之  
24 事實及應依累犯加重之理由提出證明方法及釋明，被告上  
25 訴意旨指摘檢察官仍未達已具體說明被告為何有應加重其  
26 刑予以延長矯正其惡性此一特別預防必要之程度，未就後  
27 階段加重量刑事項盡實質之舉證責任一節，尚屬無據，不  
28 為本院所採。

29 (5)累犯之加重，係因犯罪行為人之刑罰反應力薄弱，需再延  
30 長其矯正期間，以助其重返社會，並兼顧社會防衛之效  
31 果，要與前後所犯各罪類型、罪名是否相同或罪質是否相

01 當，無何必然之關連。本院審酌：被告所為構成累犯之前  
02 案雖與本案罪質不同，然以原審判決所敘明被告前案已經  
03 執行刑罰，仍未悔改，犯本件更重之罪，顯然對於刑罰之  
04 反應力薄弱，依刑法第47條第1項加重其最低本刑並無過  
05 苛之虞，除無期徒刑及死刑依法不得加重外，其餘應依法  
06 加重其最低本刑等詞，核以經驗法則或論理法則之判斷並  
07 無不合理之處，且上開前案紀錄已徵見被告未因前案易科  
08 罰金執行完畢，心生警惕，仍於5年內故意犯情節更重之  
09 本案，已堪以認定其具有特別惡性及對刑罰反應力薄弱之  
10 主觀事實，自不因僅有前案紀錄表而認其證明力不足，是  
11 被告既未因接受前案之偵審、執行而建立足夠之法遵意  
12 識，益徵其主觀上有特別之惡性，對於刑罰之反應力薄  
13 弱，就被告所犯本案罪名之本刑予以加重，不會使其所受  
14 之刑罰超過其所應負擔之罪責，亦無造成對其人身自由過  
15 苛之侵害疑慮，亦即無司法院大法官釋字第775號解釋所  
16 指依法加重最低本刑致生不符罪刑相當原則之情形，故被  
17 告所犯本案應有加重其法定最低本刑之必要，原審判決依  
18 刑法第47條第1項累犯規定加重被告之刑（並敘明無期徒  
19 刑及死刑依法不得加重），自無判決不適用法則或適用不  
20 當之違誤。被告上訴意旨就此指摘原審判決適用累犯規定  
21 加重其刑期有違誤等詞，尚不足採。

22 2. 有刑法第25條第2項之減輕事由：

23 按未遂犯之處罰，以有特別規定者為限，並得按既遂犯之刑  
24 減輕之，刑法第25條第2項定有明文。經查，被告已著手販  
25 賣第二級毒品行為之實行，惟因實施誘捕偵查之員警無實際  
26 買受真意，事實上不能真正完成買賣，為未遂犯，爰就被告  
27 本案所犯依刑法第25條第2項規定減輕其刑。

28 3. 有毒品危害防制條例第17條第2項之減輕事由：

29 被告業於偵查及迄今歷次審判中均自白有販賣第二級毒品未  
30 遂之犯行（見偵卷第41-47頁、原審卷一第349頁、本院卷第  
31 60、95頁），是其本案所犯販賣第二級毒品未遂罪，應依毒

01 品危害防制條例第17條第2項規定遞減輕其刑。

02 4. 無毒品危害防制條例第17條第1項之減輕事由：

03 (1) 毒品危害防制條例第17條第1項規定：「犯第四條至第八  
04 條、第十條或第十一條之罪，供出毒品來源，因而查獲其  
05 他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。」旨在鼓勵毒品下游  
06 者具體供出其上游供應人，俾進一步擴大查緝績效，揪出  
07 其他正犯或共犯，以確實防制毒品泛濫或更為擴散。所謂  
08 「供出毒品來源，因而查獲」，係指被告翔實供出毒品來  
09 源之具體事證，因而使有偵查（或調查）犯罪職權之公務  
10 員知悉而對之發動偵查（或調查），並因而查獲者而言。  
11 而所稱「查獲」，除指查獲該其他正犯或共犯外，並兼及  
12 被告所指其毒品來源其事。亦即被告所供述其所販賣之毒  
13 品來源，必以嗣後經偵查機關依其供述而確實查獲其他正  
14 犯或共犯，且二者間具有因果關係及關聯性，始符合該減  
15 免其刑之規定。倘被告所供出之前手已因另案遭通緝或已  
16 死亡，致偵查機關無從追查其與被告本案犯罪之毒品來源  
17 是否有關，即與上開「因而查獲」之規定不符（最高法院  
18 114年度台上字第593號、113年度台上字第2912號判決意  
19 旨均足供參考）。

20 (2) 被告雖供稱其本案毒品來源為林義凱等語（見偵卷第42、  
21 247頁、原審卷二第337、338、343頁），並經原判決認定  
22 係林義凱交付毒品予被告供作本案販賣之用（見原審判決  
23 第2頁犯罪事實欄第1-4、10、11行之記載），然林義凱已  
24 於000年00月00日死亡，未及發動偵查即經臺灣彰化地方  
25 檢察署檢察官以被告死亡而為不起訴處分，有該署112年  
26 度偵字第2175號不起訴處分書附卷可查（見原審卷二第7-  
27 8頁），是以原判決縱認定林義凱與被告共同為本案販賣  
28 第二級毒品未遂犯行，本案仍無從因被告之供述而查獲其  
29 毒品來源林義凱，自無毒品危害防制條例第17條第1項規  
30 定之適用。

31 5. 無刑法第59條之適用：

01 (1)刑法第59條所規定之酌量減輕其刑，係其犯罪另有特殊之  
02 原因、環境或背景，在客觀上足以引起一般之同情，且於  
03 法律上別無其他應減輕或得減輕其刑之事由，認即予以宣  
04 告法定最低度刑猶嫌過重者，始有其適用。此所謂法定最  
05 低度刑，固包括法定最低本刑，惟遇有其他法定減輕之事  
06 由者，則應係指適用其他法定減輕事由減輕後之最低度刑  
07 而言。倘被告別有其他法定減輕事由者，應先適用法定減  
08 輕事由減輕其刑後，猶認其犯罪之情狀顯可憫恕，即使科  
09 以該減輕後之最低度刑仍嫌過重者，始得適用刑法第59條  
10 規定酌量減輕其刑（最高法院111年度台上字第805號判決  
11 意旨可資參照）。

12 (2)查被告所犯共同販賣第二級毒品未遂罪，雖有累犯加重之  
13 情形，但依刑法第25條第2項未遂犯減輕其刑、及毒品危  
14 害防制條例第17條第2項自白規定遞減輕其刑後，處斷刑  
15 已大幅減低，審酌毒品對於社會治安之危害，縱量處最低  
16 刑度，實無情輕法重之情事，已難認因立法至嚴致生情輕  
17 法重之情形。再者，毒品殘害國民身體健康、危害社會治  
18 安甚鉅，向為政府嚴厲查禁之物，被告竟仍無視國家禁  
19 令，為圖私利、恣意販賣毒品，顯見其並未考慮販賣毒品  
20 對社會及他人之不良影響，而刑法第59條所規定之酌減其  
21 刑，既係以縱使量處法定最低本刑猶嫌過重者，為其前提  
22 要件，必於犯罪之情狀顯可憫恕時，始得為之，自須考量  
23 犯罪所生危害、加重減輕事由與處斷刑範圍之連動效應，  
24 依個案具體情狀而有所調整，非可流於浮濫。而販賣毒品  
25 犯行，直接戕害購毒者身心健康，助長毒品流通，對社會  
26 治安實有相當程度危害，惡性匪淺，縱然被告並非大盤販  
27 賣之毒梟，且係因員警誘捕偵查查獲，並未使毒品流入市  
28 面，惟衡酌被告販賣毒品犯行乃重大犯罪，且交易金額為  
29 2,000元，並非微數，又係以網際網路之社群軟體張貼廣  
30 告訊息販售，更益助長毒品流通氾濫，犯罪情節並非輕  
31 微，其所為促成潛在毒害蔓延擴大之風險，對於社會治安

01 所生負面衝擊，並未見有存在任何特殊之原因與環境，而  
02 在客觀上足以引起一般人之同情，倘遽予憫恕依刑法第59  
03 條規定減輕其刑，除對其個人難收改過遷善之效，無法達  
04 到刑罰特別預防之目的外，亦易使其他販賣毒品之人心生  
05 投機、甘冒風險繼續販賣毒品，無法達到刑罰一般預防之  
06 目的，衡諸社會一般人客觀標準，尚難謂有過重而情堪憫  
07 恕之情形，自無適用刑法第59條規定之餘地。被告及辯護  
08 人上訴請求依刑法第59條酌減其刑，並無足採。

09 (3)被告前述之犯後自始坦承犯行、販賣數量非鉅、僅1次販  
10 賣第二級毒品甲基安非他命犯行，僅從中獲利3百元，且  
11 為未遂等節，至多僅屬刑法第57條得為從輕量刑之考量因  
12 子，尚非得據依刑法第59條規定予以酌減其刑，附此敘  
13 明。

## 14 (二)上訴駁回之理由

15 1. 刑罰之量定，屬法院自由裁量之職權行使，應審酌刑法第57  
16 條所列各款事由及一切情狀，為酌量輕重之標準，並非漫無  
17 限制；量刑輕重係屬法院得依職權自由裁量之事項，苟已斟酌  
18 酌刑法第57條各款所列情狀而未逾越法定刑度，不得遽指為  
19 違法；且在同一犯罪事實與情節，如別無其他加重或減輕之  
20 原因，下級審量定之刑，亦無過重或失輕之不當情形，則上  
21 級審法院對下級審法院之職權行使，原則上應予尊重（最高  
22 法院102年度台上字第2615號判決意旨可資參照）。

23 2. 原審審酌被告明知甲基安非他命戕害身心，竟仍無視國家杜  
24 絕毒品犯罪之禁令，販賣上開毒品，增加毒品在社會流通之  
25 危險性，並對國民健康及社會秩序均已造成具體危害，所為  
26 至無可取，再衡酌被告之分工、犯罪手段、動機、目的、手  
27 段、販賣毒品之數量，及犯後坦承犯行、係經原審通緝後始  
28 到庭之犯後態度；再考量其年齡、教育程度、家庭生活、經  
29 濟狀況（見原審卷一第319頁）等一切情狀，量處有期徒刑3  
30 年6月。經核原判決之量刑已斟酌刑法第57條各款所列情  
31 狀，而未逾越法定範圍，且無明顯過輕、過重而違背比例原

01 則或公平正義之情形，應屬適當。被告及辯護人上訴執前詞  
02 指摘原判決量刑過重，請求不依累犯加重其刑，並從輕量  
03 刑，且依刑法第59條規定予以酌減其刑，均無理由，俱應予  
04 駁回。

05 據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

06 本案經檢察官鍾孟杰提起公訴，檢察官柯學航到庭執行職務。

07 中 華 民 國 114 年 3 月 27 日

08 刑事第四庭 審判長法官 王 鏗 普

09 法官 何 志 通

10 法官 周 淡 怡

11 以上正本證明與原本無異。

12 如不服本判決應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未  
13 敘述上訴理由者，並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書  
14 （均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

15 書記官 劉 美 姿

16 中 華 民 國 114 年 3 月 27 日

17 附錄本案論罪科刑法條全文：

18 毒品危害防制條例第4條

19 製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑；處無期徒  
20 刑者，得併科新臺幣3千萬元以下罰金。

21 製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或10年以上有期徒  
22 刑，得併科新臺幣1千5百萬元以下罰金。

23 製造、運輸、販賣第三級毒品者，處7年以上有期徒刑，得併科  
24 新臺幣1千萬元以下罰金。

25 製造、運輸、販賣第四級毒品者，處5年以上12年以下有期徒  
26 刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金。

27 製造、運輸、販賣專供製造或施用毒品之器具者，處1年以上7年  
28 以下有期徒刑，得併科新臺幣1百50萬元以下罰金。

29 前五項之未遂犯罰之。